

ANÁLISIS Y EVALUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA DE AUTOCONTROL Y GESTIÓN
DEL RIESGO INTEGRAL DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIACIÓN DEL
TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO DE LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE
DESTRUCCIÓN MASIVA (SAGRILAFT) RESPECTO DE EMPRESAS PRIVADAS DEL
SECTOR REAL EN COLOMBIA

TOMÁS MONTOYA GONZÁLEZ
Y
ALEJANDRO HINCAPIÉ GIRALDO

Monografía

UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2023

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| RESUMEN | 3 |
| ABSTRACT | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA EXPLICANDO LA IMPORTANCIA DE LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS, LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y EL FINANCIAMIENTO DE LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA | 8 |
| IDENTIFICACIÓN DE LAS LEYES Y REGULACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES QUE SUSTENTAN Y ESTABLECEN LA IMPLEMENTACIÓN DEL SAGRILAFT | 11 |
| DESCRIPCIÓN DE LOS PASOS Y PROCEDIMIENTOS CLAVE EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL SAGRILAFT | 19 |
| Formatos | 21 |
| Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) | 27 |
| Herramientas Tecnológicas | 31 |
| Roles y Responsabilidades | 32 |
| Debida Diligencia | 35 |
| Debida Diligencia Intensificada | 38 |
| AUTORIZACIÓN DE CONSULTA EN LISTAS VINCULANTES Y RESTRICTIVAS | 41 |
| CONCLUSIONES | 43 |
| BIBLIOGRAFÍA | 45 |

Resumen

El problema central que aborda este trabajo se relaciona con la implementación y control del SAGRILAFT en Colombia, el cual busca prevenir y detectar el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (LA/FT/FPADM). El objetivo es evaluar su desempeño en la práctica y proponer mejoras en los modelos de implementación del sistema; así como los mecanismos que se emplean para tal fin y las múltiples dificultades a las que se ven enfrentadas las empresas obligadas a ello. Lo anterior, partiendo de la incertidumbre de si su actuar corresponde o no con lo establecido por la normatividad aplicable al caso.

Por lo tanto, se plantea la necesidad de realizar una investigación que analice y evalúe de manera crítica las ventajas y desventajas de la implementación del SAGRILAFT en Colombia, respecto de empresas privadas del sector real, considerando los aspectos prácticos de su implementación formal, la cooperación entre los actores involucrados y los desafíos que enfrentan. Además, es fundamental examinar los mecanismos de control existentes y proponer recomendaciones para fortalecer el sistema y mejorar su capacidad de prevención y detección de conductas relacionadas con LA/FT/FPADM.

El eje temático de este trabajo se basa única y exclusivamente en el sistema SAGRILAFT, a sabiendas de la existencia de otros como el SARLAFT y el SIPLAFT; toda vez que, dada la cercanía que se mantiene con empresas privadas del sector real colombiano, y a la posibilidad de haber trabajado en ellas, contando con experiencia desde la implementación del sistema, hasta la aplicación y ejecución de sus políticas, resulta sumamente llamativo el enfoque del trabajo bajo esta premisa.

Abstract

The central problem addressed in this paper is related to the implementation and control of SAGRILAFT in Colombia, which seeks to prevent and detect Money Laundering, Financing of Terrorism and Financing of the Proliferation of Weapons of Mass Destruction (LAFT/FPADM), with the objective of evaluating its performance in practice and proposing improvements in the system's implementation models; The mechanisms used for this purpose and the multiple difficulties faced by the companies obliged to do so; of course, starting from the uncertainty of whether or not their actions correspond to the provisions of the regulations applicable to the case.

Therefore, it is necessary to carry out a research that analyzes and critically evaluates the advantages and disadvantages of the implementation of SAGRILAFT in Colombia, with respect to private companies in the real sector, considering the practical aspects of its formal implementation, the cooperation between the actors involved and the challenges they face. In addition, it is essential to examine the existing control mechanisms and propose recommendations to strengthen the system and improve its capacity to prevent and detect conduct related to ML/FT/AMLPF.

The thematic axis of this work is based solely and exclusively on the SAGRILAFT system, knowing the existence of others such as SARLAFT and SIPLAFT; since, given the proximity that is maintained with private companies of the Colombian real sector, and the possibility of having worked in them, having experience from the implementation of the system, to the application and execution of its policies, it is extremely striking the focus of the work under this premise.

Introducción

Debido a la realidad social y económica de países como Colombia, es que han surgido diversas regulaciones que buscan minimizar las actividades de lavado de activos y financiación del terrorismo, dos delitos que deben entenderse principalmente de carácter económico y financiero, y que tienen un impacto bastante negativo en la economía y la seguridad nacional. Es por ello por lo que a través de la cooperación internacional se ha buscado que los países implementen sistemas de control contra dichos delitos, que permitan fortalecer los sistemas financieros nacionales e internacionales.

Es así como Colombia, reconociendo su realidad social y debilidades de los sistemas financieros, en concordancia con esa cooperación internacional ha empezado a implementar normas que permitan controlar una economía informal, que favorece el lavado de activos, lo que en un inicio empezó como un conjunto de medidas que solo aplicaban al sistema financiero, pero que, desde hace unos años, su alcance creció y aparecieron otros sistemas como el SAGRILAFT.

A pesar de la promulgación y regulación del Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (en adelante SAGRILAFT) en Colombia, persisten interrogantes acerca de su implementación y control por parte de sus destinatarios objetivos. Si bien el SAGRILAFT establece lineamientos y mecanismos para gestionar y mitigar estos riesgos, es necesario examinar críticamente su aplicación práctica y evaluar el cumplimiento real y eficaz de sus objetivos.

El lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masivas (LA/FT/FPADM), representan amenazas significativas para la estabilidad nacional, la integridad del sistema económico y la seguridad de la sociedad. Estas actividades ilícitas involucran el ocultamiento de los fondos y la canalización de recursos hacia actividades delictivas y terroristas, lo que ha generado efectos perjudiciales en la sociedad en general.

Lo anterior, se ve respaldado por lo esgrimido por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), la cual explica que, en caso de verse materializada alguna de las conductas en mención, se podría llegar a ver reflejada en problemas tales como la inflación, desestabilización de

precios, descomposición social y hasta violencia. A título de ejemplo, se trae a colación una situación que se puede llegar a ver materializada, tal y como lo es la afectación de la moneda nacional, en el sentido de que la misma, a causa del fenómeno de lavado de activos (que no es otra cosa que el proceso por medio del cual se busca dar apariencia de legalidad a dinero proveniente de actividades ilícitas), se ha visto afectada, distorsionando así la realidad económica del país y por ende su planeación fiscal y desarrollo social (Unidad de Información y Análisis Financieros, 2014).

Aunque el SAGRILAFI en Colombia ha sido adoptado para combatir y prevenir estas prácticas, persisten dudas sobre su alcance y capacidad para lograr dichos objetivos, teniendo en cuenta que Colombia es un país donde existe alta informalidad laboral y comercial, la cual depende muy poco del sistema financiero para ejecutar sus actividades comerciales, aunado a las graves crisis que ha tenido el país relacionadas con el narcotráfico. Es por ello que existen preocupaciones, más que obvias, sobre su aplicación y cumplimiento, especialmente en los requisitos del sistema por parte de las empresas que estarían obligadas a implementar el mismo, sin contar, con la capacidad de los diferentes órganos de inspección, vigilancia y control para hacer valer el cumplimiento de las disposiciones que regulan la materia, cuando hoy por hoy están sobre saturados en las actividades de control que ya ejecutan.

Por otro lado, el tema resulta sumamente relevante pues tiene un alcance muy amplio que excede el sistema financiero, y consigue incluir al sector real, lo que permite un análisis bastante diverso y profundo; empezando por el hecho de que la aplicación del sistema es muy reciente y apenas se está aprendiendo a incorporar en las empresas privadas del sector real colombiano; además, dicha implementación ha sido bastante álgida en el sentido que resulta sumamente compleja su introducción y adecuación en las actividades cotidianas de las empresas colombianas que están obligadas a su cumplimiento.

Desde un punto de vista experiencial, el SAGRILAFI, se torna en un tema que, si bien resulta bastante prometedor y protector de la economía y la sociedad, todavía se mantienen múltiples interrogantes en cuanto a su aplicabilidad y en especial en cuanto a su control por parte de las entidades correspondientes. Lo anterior, se puede ver ejemplificado respecto de los métodos de conocimiento de las contrapartes, toda vez que, la Superintendencia de Sociedades, en la Circular Básica Jurídica, capítulo décimo, establece la posibilidad que tienen las empresas privadas de implementar formatos para indagar por información respecto de con quién se tiene un tipo de

vínculo, no obstante, no establece los lineamientos para la elaboración de esos formatos, resultando ser algo sumamente discrecional.

De conformidad con lo anterior, otra situación que puede evidenciar la incertidumbre por parte de aquellos obligados a la implementación del sistema, es respecto de los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) que se deben enviar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF); toda vez que simplemente se centran en explicar en qué consiste este concepto, pero no en determinar cuáles casos deben ser reportados y cuáles no, terminando, de igual modo, en un asunto completamente discrecional de la empresa obligada, y en especial, de quien funja como Oficial de Cumplimiento (OdC).

Por otro lado, el carácter novedoso del sistema, así como su poco desarrollo y conocimiento profundo del mismo, hace de este un asunto de gran impacto para los futuros abogados, pues actualmente existe un gran mercado laboral buscando satisfacer la demanda de Oficiales de Cumplimiento, los cuales, a día de hoy, no existen en el mercado laboral. Pues tal y como lo ha mencionado el prestigioso sitio web especializado “INFOLAFT”, dado a lo reciente de la implementación del sistema para las empresas privadas del sector real en Colombia, son ahora muchos más los obligados a dar cumplimiento del mismo, debiendo contar con talento humano capacitado para realizar estas funciones; así como también se debe a que al poderse tercerizar la labor existe variedad de empresas de consultoría en busca de personal para poder ofrecer este servicio (Infolaft, 2021).

Lo anterior, sin mencionar la importancia que debería tener para el Estado colombiano, pues durante muchas décadas ha estado empañado por una realidad poco favorable, donde el terrorismo ha sido parte de la cultura y el lavado de activos la forma en que él mismo es financiado, entendiendo que se transfieren fondos, legales o ilegales, encubriendo su origen y destinatario final; en consecuencia, el asunto a tratar resulta sumamente relevante para la realidad colombiana y para la vida profesional de un abogado, que se puede interesar en asuntos relativos al *Compliance* y en especial aquellos que decanten su profesión al ejercicio del derecho corporativo.

Contextualización del problema explicando la importancia de la Lucha contra el Lavado de Activos, la Financiación del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva

Con fundamento en lo establecido por la Superintendencia de Sociedades, en la Circular Básica Jurídica¹, en especial en lo relativo al capítulo décimo de la misma, se tiene que la Superintendencia de Sociedades ha identificado que las entidades sujetas a su inspección, vigilancia y control, se encuentran expuestas a verse involucradas en actividades de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (LA/FT/FPADM) (Superintendencia de Sociedades, 2020. pp. 1-27).

Es por lo anterior, que la mencionada entidad, en aras de regular el SAGRILAFT² y propender por el control y prevención en materia de LA/FT/FPADM, cuenta con las siguientes circulares: Circular Externa 100-000016 de 24 de diciembre de 2020, Circular Externa 100-000004 de 9 de abril de 2021 y Circular Externa 100-000015 de 24 de septiembre de 2021. Las cuales, no constituyen otra cosa que el marco normativo del SAGRILAFT en Colombia.

De la lectura de las normas anteriores se puede evidenciar que, el ámbito de aplicación de la regulación del SAGRILAFT resulta sumamente amplio, estando dirigido a muchos sectores de la economía, como, por ejemplo, sector de agentes inmobiliarios; sector de servicios jurídicos; sector de servicios contables; entre muchos otros³. No obstante lo anterior, el presente trabajo se circunscribe a aquellas empresas obligadas por cumplir con los requisitos generales, a saber: haber obtenido ingresos totales o activos iguales o superiores a los cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y ser vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.

Tal y como se puede apreciar en la propia definición del acrónimo SAGRILAFT, se trata de un sistema de autocontrol, en el cual los obligados a su implementación deben identificar los riesgos inherentes a su actividad y la posibilidad de verse los mismos materializados; claro está,

¹ Circular 100-000008 de 12 de julio de 2022.

² Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Proliferación de Armas de Destrucción Masiva.

³ Se debe precisar en que cada uno de esos sectores cuentan con unos requisitos específicos y unos montos de ingresos diferentes de acuerdo con las particularidades propias de cada uno de ellos establecidas en el capítulo décimo de la Circular Básica Jurídica.

riesgos relacionados con LA/FT/FPADM⁴. Por lo tanto, al no existir un marco normativo robusto y completo que brinde absoluta certeza y esclarezca cómo se debe realizar la implementación y aplicación del sistema, las empresas obligadas se ven subsumidas en una obligación de carácter legal que resulta de la consideración y subjetividad de las mismas, es decir, cada empresa obligada debe implementar un manual SAGRILAFI, en el cual se establecen las políticas, roles, señales de alerta y demás consideraciones que se mencionan en las circulares, pero que no se abordan de manera clara y concisa para una correcta y certera aplicación.

Es por ello que las empresas obligadas se enfrentan a un panorama bastante incierto y carente de regulación expresa y certera respecto del SAGRILAFI, donde conocen el marco teórico, pero no saben cómo crear ese manual con su “auto regulación”, quedando siempre con la sensación de no estar seguros si lo allí planteado es concordante y suficiente con lo que establece la norma; claro está, que al ser este tema tan novedoso, es posible que con el paso del tiempo y la forma en que se desenvuelva el sistema, se vaya ahondando en su normatividad, precisión y forma de aplicación.

Lo anterior en el sentido de que por medio del mencionado marco normativo se establecen solo unos parámetros y debe ser cada empresa la obligada de ajustar los mismos de conformidad con su operación y/o actividad económica.

Es entonces el SAGRILAFI un sistema de autocontrol, por medio del cual, las entidades de inspección, vigilancia y control han dejado en manos de los vigilados la responsabilidad de gestionar los riesgos y evitar verse involucrados en situaciones que representen algún riesgo relacionado con el LA/FT/FPADM; todo esto, partiendo de que la misma Superintendencia de Sociedades, en el capítulo décimo de la Circular Básica Jurídica, establece que se debe tener en cuenta el tipo de negocio, la operación, el tamaño, y demás características propias de cada empresa obligada a su aplicación, lo que resulta en la existencia de un SAGRILAFI único e irrepetible para cada empresa obligada.

Resulta evidente la dificultad que esta obligación conlleva para empresas privadas del sector real, donde conocer la contraparte resulta una ardua y compleja tarea, no habiendo muchas veces certeza de que la información entregada sea fidedigna y acorde con la realidad, muchas otras debido a la informalidad de los negocios, en el sentido de que las contrapartes no siempre son

⁴ Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva.

personas jurídicas debidamente constituidas sino también tiendas de barrio y personas naturales que se encargan de vender productos, y finalmente, debido a la reticencia en entregar la información, toda vez que la consideran de carácter confidencial, lo que en el fondo genera una obligación de medio y no de resultado para estas empresas.

Por todo lo que se han mencionado anteriormente, se puede afirmar que el SAGRILAFT hoy en Colombia, es complejo de aplicar frente a los resultados que debería obtener, lo que lo ha llevado a que a su alrededor gire un ambiente de incertidumbre, resultando un panorama bastante reduccionista, donde prevalece la discrecionalidad del Oficial de Cumplimiento, que muchas veces es un empleado de la propia compañía que conoce cabalmente la forma en que opera el negocio, y en otras ocasiones a través de una firma externa que se dedica a ello sin apenas conocer el negocio en sí y los riesgos que se pueden materializar del mismo.

Resulta entonces el SAGRILAFT en un sistema que involucra a la totalidad de áreas, procesos y colaboradores de una empresa, incluyendo a su Oficial de Cumplimiento, teniendo todos que ceñirse a lo establecido en el manual SAGRILAFT que se haya aprobado.

Identificación de las leyes y regulaciones nacionales e internacionales que sustentan y establecen la implementación del Sagrilaft

Lo primero que se debe mencionar de cara a la evaluación de las directrices del funcionamiento del SAGRILAFT en Colombia, es la exposición que realiza la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa 100-000016 de 24 de diciembre de 2020, por medio de la cual se modifica, íntegramente, el capítulo décimo de la Circular Básica Jurídica de 2017; por medio de ella, la Superintendencia señala que:

La Superintendencia de Sociedades, en cumplimiento de su política de supervisión con enfoque basado en riesgos, ha identificado que una de las contingencias a las que están expuestas las entidades sujetas a su inspección, vigilancia y control, radica en la probabilidad de ser usadas o prestarse como medio en actividades de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas destrucción masiva (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 2).

Debido a lo anterior, resulta esclarecedor el motivo por el cual es totalmente imperante, en Colombia, implementar un sistema que permita a las empresas privadas del sector real colombiano, contar con mecanismos idóneos y suficientes para evitar verse involucrada en un riesgo asociado al LA/FT/FPADM.

Lo dicho por la Superintendencia de Sociedades no resulta de una mera conclusión a la que hayan llegado por la realidad colombiana ni por su compromiso en las actividades de inspección, vigilancia y control; sino que, se remonta a la aplicación de la Recomendación 28 del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI).

La Recomendación 28 del GAFI, consiste en crear un marco de regulación y supervisión de las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD), lo anterior, debido a que se percataron de que los riesgos asociados al LA/FT/FPADM no se encuentran única y exclusivamente en entidades del sector financiero, sino que, por el contrario, dichos riesgos afectan, de igual forma, al resto de agentes que se encuentren inmersas en actividades de otros sectores económicos.

Dentro de lo establecido por el GAFI en la Recomendación 28, se tiene que:

Los países deben asegurar que las demás categorías de APNFD estén sujetas a sistemas eficaces para el monitoreo y asegurar el cumplimiento de los requisitos ALA/CFT. Esto debe hacerse de acuerdo al riesgo. Ello puede ser ejecutado por a) un supervisor o por b) un organismo autorregulador (OAR) apropiado, siempre que dicho organismo pueda asegurar que sus miembros cumplan con sus obligaciones para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

El supervisor o el OAR deben también a) tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus asociados tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa, por ejemplo evaluando a las personas con base en un examen de capacidad e idoneidad “fit and proper”; y (b) tener sanciones efectivas, adecuadas y disuasivas de acuerdo con la Recomendación 35 para contrarrestar el incumplimiento de los requerimientos de ALA/CFT (Gafi, 2012, pp. 23-24).

De lo anterior surge el SAGRILAFI en Colombia, como el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Destrucción Masiva, el cual es regulado por la Superintendencia de Sociedades, toda vez que es esta entidad la encargada de ejercer vigilancia a las empresas, tal y como se expone en el artículo 84 de la Ley 222 del año 1995 y el Decreto 1074 del año 2015.

Por lo tanto, dando cumplimiento a lo establecido por la normatividad nacional y las recomendaciones del GAFI, la Superintendencia de Sociedades promulga su Circular Básica Jurídica, en especial, lo relativo al capítulo décimo, el cual es posteriormente modificado íntegramente por la Circular Externa 100-000016 de 24 de diciembre de 2020.

En virtud de lo anterior y, antes de ahondar en la circular indicada con anterioridad, habrá que primero, explicar en qué consiste el GAFI.

El GAFI, como sus siglas lo indican es el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales, se trata de un organismo internacional que nació con el objetivo de

elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales, el cual pretende esconder el origen ilegal de productos de naturaleza criminal.

Éste, en la actualidad está conformado por veintiséis (26) países y dos organismos internacionales. Entre estos miembros, podemos encontrar los principales centros financieros de Europa, América del Norte y Asia. En razón a la complejidad de la lucha contra el blanqueo de capitales, esta entidad reúne expertos encargados de adoptar medidas acerca de temas jurídicos, financieros y operativos.

Es por lo anteriormente esgrimido, que, la entidad en referencia, en su lucha para combatir el blanqueo de capitales, creó, en 1990 aproximadamente, las 40 recomendaciones GAFI, las cuales buscan abarcar todos los aspectos importantes de la lucha en mención, pues abarcan sistema jurídico y policial, sistema financiero y la cooperación internacional.

Estas 40 recomendaciones constituyen el marco básico de la lucha contra el blanqueo de capitales y han sido creadas de forma tal que se puedan implementar en todo el mundo.

Llegados a este punto, se hace necesario resaltar que, para efectos de claridad, no podemos confundir el régimen financiero del societario, lo anterior como quiera que, el SARLAFT, es regulado por la Superintendencia Financiera, por lo tanto, creando un sistema para entidades del sector financiero, mientras que el SAGRILAFT, es regulado por la Superintendencia de Sociedades, regulando entonces la materia de cara a las empresas colombianas.

Corolario a lo anterior, el “LA/FT/FPADM” hace referencia a tres temas relacionados con lo tocante a la prevención de actividades ilícitas en el medio empresarial, pues tenemos que “LA”, significa “Lavado de Activos”, “FT”, significa “Financiación del Terrorismo” y “FPADM”, significa “Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva”, en otras palabras, estos tres conceptos son comúnmente utilizados para enmarcar la amplia gama de actividades ilegales y riesgos relacionados con el empleo indebido de las entidades sujetas a control, vigilancia e inspección, por parte de la Superintendencia de Sociedades, para fines delictivos, ya sea lavando dinero, financiando el terrorismo o cohonestando la proliferación de armas de destrucción masiva.

Una vez realizadas las anteriores precisiones, se descende a la Circular Externa 100-000016 de 24 de diciembre de 2020, la cual en un primer momento trae las normas y estándares internacionales sobre LA/FT/FPDAM, precisando que, históricamente, Colombia ha ratificado convenios y convenciones tales como: Convención de Viena de 1988, Convención de las Naciones

Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, Convención de Palermo de 2000 y la Convención de Mérida de 2003.

Lo anterior es importante subrayarlo, toda vez que, se puede evidenciar que la regulación y la legislación respecto del tema ha ido avanzando y Colombia no se ha quedado atrás, pues, las ratificaciones y aplicaciones de dichos tratados al ordenamiento jurídico colombiano son muestra del compromiso por parte del Gobierno en la lucha contra el tráfico de drogas, financiación del terrorismo y la corrupción, de manera que busca la forma de alinearse con los estándares internacionales dados por la ONU⁵ para prevenir y luchar contra las actividades ilícitas. Asimismo, la aprobación y las sentencias de constitucionalidad garantizan que las convenciones mencionadas hagan parte del marco normativo del país, así como del bloque de constitucionalidad.

Luego, la Circular objeto de estudio, pone de presente las recomendaciones realizadas por el GAFI, de tal manera que permite a los países que, a través de dichas recomendaciones, tomen cartas en el asunto y se apoyen en las mismas para que puedan combatir las actividades al margen de la ley, de tal forma que en cada país se adapten sus enfoques a los riesgos específicos a los que se ve enfrentado.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Sociedades crea una serie de disposiciones legales que establecen las responsabilidades y facultades de ésta en Colombia en todo lo que tiene que ver con la supervisión y regulación de las empresas en el país, así como el papel crucial que desempeña en la prevención y control de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva.

En este orden de ideas, se puede afirmar que las “Normas Nacionales” son aquellas que implantan un marco regulatorio y de supervisión el cual busca precaver y sancionar las actividades ilícitas, pues en este escenario, como ya se mencionó en párrafos precedentes, la Superintendencia de Sociedades es de vital importancia para realizar una supervisión correcta y juiciosa. Dicho en otras palabras, la Superintendencia de Sociedades tiene un rol destacado en la implementación de estas regulaciones y en la supervisión de las empresas en el país para garantizar su cumplimiento.

Más adelante, se haya el ámbito de aplicación del Régimen de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral, el cual dicta específicamente que:

⁵ Organización de Naciones Unidas.

Las Empresas sujetas a la vigilancia o al control que ejerce la Superintendencia de Sociedades que hubieren obtenido Ingresos Totales o tenido Activos iguales o superiores a cuarenta mil (40.000) SMLMV, con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 8).

Estas empresas están obligadas a dar cumplimiento a lo dispuesto en el capítulo décimo de la circular mentada, el cual es el tema de estudio central del presente escrito, es decir, el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de LA/FT/FPDAM – SAGRILAFT.

Después de examinar la circular de la referencia, es evidente que Colombia dispone actualmente de un marco normativo acerca del SAGRILAFT, ajustado y actualizado, por lo menos en cuanto a su necesidad de ser implementado en Colombia. Lo anterior en razón a que ha acogido numerosas recomendaciones y convenios destinados a combatir el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la corrupción en las empresas.

En razón de lo anterior, someramente, se podría llegar a concluir que Colombia dispone de un marco regulador sólido y completo para la realidad del país, sin embargo, hay ciertos aspectos que presentan retos, pues aunque es importante que las empresas cumplan la normativa de prevención de actividades ilícitas, implantar un programa de SAGRILAFT específico para cada empresa basado en su estudio de riesgos, puede requerir de una cantidad de recursos económicos importantes por parte de la empresa, lo cual puede suponer una pesada carga administrativa para las mismas. En tal sentido, de manera enunciativa, en cuanto a los recursos económicos que se requieren, cada empresa obligada debe contar con una persona que funja como Oficial de Cumplimiento, alguna herramienta tecnológica que permita la consulta de contrapartes en listas vinculantes y restrictivas, personal para hacer seguimiento de las relaciones, entre muchas otras.

Asimismo, además de la aplicación mencionada, también es necesario que las autoridades supervisen y garanticen la eficacia de la aplicación del SAGRILAFT en las empresas. Sin embargo, esto supone un reto aún mayor, ya que requiere un sistema de supervisión sólido y amplios recursos el cual a la fecha no se tiene.

En conclusión, la implementación del SAGRILAFT en las “empresas obligadas” es un asunto que toma tiempo y que debe hacerse con mucho juicio y cuidado, pues estamos hablando de directrices que, son de obligatorio cumplimiento, y que su costo de implementación es alto,

máxime que no solo depende de la empresa sino que también se debe trabajar mancomunadamente con la Superintendencia de Sociedades, en este caso, para que, en el transcurso de la implementación y después de esta, ejerzan labores de vigilancia que garanticen que dichas regulaciones cumplan su objetivo y contribuyan significativamente con la causa que se persigue.

Ahora bien, respecto de las normas que se encargan de regular todo el tema del SAGRILAF, no se puede pasar por alto la ley 2195 de 2022, la cual es una propuesta de modificación respecto de la Ley 1474 de 2011 en Colombia, con un objetivo claramente palpado de fortalecer la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción. Al respecto tenemos que en su primer capítulo se puede percibir que lo que se busca en aquel es robustecer la responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia en casos de corrupción, estableciendo un marco legal más consistente para sancionar a las entidades que realicen actos ilícitos para su beneficio. Asimismo, también establece los criterios y procedimientos específicos para realizar investigaciones y darles aplicación a las sanciones administrativas en cada caso en particular.

Si bien lo anterior es importante, analizar el capítulo tercero es de vital importancia; toda vez que este se centra en la figura de los Beneficiarios Finales y establece un conjunto de disposiciones relacionadas con la debida diligencia en la identificación de los beneficiarios finales y el acceso al Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB), sin embargo, estas regulaciones pueden ser problemáticas toda vez que podrían afectar la transparencia y la integridad en las transacciones comerciales y los contratos estatales, así como el cumplimiento de obligaciones de debida diligencia por parte de las entidades del Estado y otras partes involucradas. En el mismo sentido, es importante resaltar que estas medidas se relacionan estrechamente con los esfuerzos más amplios para combatir el lavado de activos y otros delitos financieros en Colombia. Lo referente a este asunto se ahondará a lo largo del escrito, en especial en lo relativo a la protección de datos y la reserva legal.

Se puede apreciar a lo largo de este breve recorrido normativo que el Gobierno colombiano ha realizado un gran esfuerzo en cuanto a la implementación de sistemas que permitan controlar y prever la materialización de riesgos asociados al LA/FT/FPADM; contando con distintos sistemas destinados según el tipo de actividad que corresponda.

De igual forma, es clara la necesidad de implementar los mismos y los motivos existentes para ello, así como que el grueso de la normatividad que existe se remonta a normas de carácter

internacional que Colombia ha ratificado y por las cuales contamos a día de hoy con entidades de vigilancia, inspección y control realizando esta labor.

No obstante lo anterior, en lo que no ha sido en lo absoluto clara la normatividad, es en crear un marco regulatorio de implementación por parte de los obligados a ello, pues si bien se cuenta con lo establecido por parte de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, no resulta lo suficientemente precisa para garantizar que los obligados adecuen su conducta y políticas de tal forma que se garantice el cumplimiento del espíritu de la normatividad, resultando ser la Circular Básica Jurídica un marco bastante escueto e impreciso respecto de qué y cómo se debe cumplir. Lo que ha llevado a que múltiples obligados a la implementación del SAGRILAF, elaboren derechos de petición que elevan ante la Superintendencia de Sociedades, buscando solucionar sus dudas y velando por tener conocimiento de que la forma en que han interpretado su aplicación sea la correcta.

En razón de lo expuesto, la gran mayoría de situaciones sobre las cuales no existe certeza, se han estado abordando por medio de conceptos que emite la Superintendencia de Sociedades en razón de los derechos de petición que responde, lo que conlleva a una gran problemática, y es que tal y como se expone en la misma respuesta:

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada. A su vez, sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad (Superintendencia de Sociedades, 2023, p. 1).

Las respuestas que emite la Superintendencia de Sociedades (al igual que cualquier entidad) no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la misma, lo que significa que actuar de conformidad con dichos conceptos no es señal de estar realizando una correcta labor, así como

tampoco significa que su criterio no pueda ser cambiante, tal y como se ejemplifica en otro apartado del presente escrito.

Descripción de los pasos y procedimientos clave en la implementación del Sagrilaf

Debido a lo expuesto en apartados anteriores del presente escrito, se tiene que los obligados a implementar el SAGRILAF cuentan con el capítulo décimo como fundamento normativo para ceñirse al cumplimiento de la prevención y control del Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masivas.

Si bien son bastantes los obligados a implementar el sistema en mención, el análisis respectivo frente a la evaluación del SAGRILAF, tal y como se mencionó con anterioridad, se circunscribe a aquellas empresas obligadas por cumplir con los siguientes requisitos generales: haber obtenido ingresos totales o activos iguales o superiores a los cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y ser vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.

Frente a la evaluación de las directrices del funcionamiento del SAGRILAF en Colombia, no resulta en lo absoluto claro, a la fecha, la forma en que se debe implementar el sistema ni las etapas que lo integran para dar un cabal cumplimiento a lo establecido por la normatividad vigente. Algo que en principio debería ser tan sencillo teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el sistema, que no es otra que, generar una cultura de prevención a las conductas delictivas que atentan contra la buena praxis de las empresas, involucrando a colaboradores, administradores, accionistas y hasta beneficiarios finales de la sociedad, y claro está, a los clientes y proveedores, en aras de lograr un mayor control y gestión del riesgo, buscando, desde el punto de vista del deber ser, un impacto positivo, reduciendo riesgos y luchando contra las conductas no deseables que, lastimosamente, permean el desarrollo de muchas empresas en el país que se ven empapadas en grandes escándalos, sea por su actuar como organización, o por el actuar de sus propios miembros.

En vista de lo anterior, se establece el rol de Oficial de Cumplimiento, el cual, para ser explicado de manera sencilla, se trae a colación la definición de la Circular Externa 100-000016 de 24 de diciembre de 2020, cuyo tenor literal es el siguiente:

Es la persona natural designada por la Empresa Obligada que está encargada de promover, desarrollar y velar por el cumplimiento de los procedimientos específicos de prevención,

actualización y mitigación del Riesgo LA/FT/FPADM, y cuyo perfil se señala más adelante, en este Capítulo X (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 04).

Se tiene entonces con un rol de vital importancia, con múltiples y estrictas funciones de cara al SAGRILAFT y que debe cumplir con una no menospreciable cantidad de requisitos mínimos para poder ostentar dicho cargo.

Entre sus funciones, el Oficial de Cumplimiento, se encarga de participar activamente en los procedimientos de diseño, dirección, implementación, auditoría, verificación del cumplimiento y monitoreo del SAGRILAFT, debiendo contar con plena capacidad de tomar decisiones frente a la gestión del riesgo LA/FT/FPADM. De igual forma, es alguien que debe cumplir con los requisitos, funciones y calidades establecidas en el capítulo décimo de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades; lo anterior, con observancia de las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en dicha Circular; teniendo que es una persona que no puede tener relación de parentesco o consanguinidad hasta cuarto grado con cualquier empleado de la Compañía, incluidos sus administradores y accionistas. Adicionalmente, el Oficial de Cumplimiento no podrá ostentar simultáneamente este cargo cuando ya se encuentre en un cargo de administración o revisoría fiscal en la empresa (Superintendencia de Sociedades, 2020d).

Resulta claro la importancia del cargo sobre el cual recae la administración y gestión del sistema, requiriendo ser una persona que interactúe con las distintas áreas de la empresa y conozca sus procesos, que interactúe con las autoridades, que participe en la toma de decisiones de negocio de la empresa donde se puedan detectar algún tipo de riesgos que pueda mitigar.

Por otra parte, si bien el Oficial de Cumplimiento no es como tal un administrador de la sociedad, se le podría dar tal calidad con la finalidad de que le sea aplicable el régimen de responsabilidad de los administradores consagrado en la ley 222 de 1995 (mediante estatutos); no obstante lo anterior, se debe considerar que la responsabilidad administrativa y/o penal se pueden presentar en cualquier actividad, cargo o profesión que se ejerza en la vida, aunque por la importancia y crucialidad del cargo *per se*, se puede considerar un riesgo mayor en que se vea materializada alguna conducta u omisión que derive alguna responsabilidad de tipo penal.

Con fundamento en lo anterior, se tiene una función que es de vital importancia para lograr el cometido de conocer las contrapartes con las cuales se tendrá algún tipo de relación, ello es,

proveedores, clientes y empleados de la empresa. Para ello, el Oficial de Cumplimiento, con base en lo establecido por la Superintendencia de Sociedades:

podrán diseñar y definir formatos para el adecuado conocimiento de las Contrapartes. Estos formatos podrán ajustarse de acuerdo con las características de cada industria o sector económico al que pertenezcan, y conforme a los Factores de Riesgo LA/FT/FPADM identificados, a la Matriz de Riesgo LA/FT/FPADM y la materialidad del Riesgo LA/FT/FPADM (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 20).

Formatos

Los formatos a los que hace mención la Circular se pueden definir como la herramienta por medio de la cual la empresa obligada puede llegar a obtener la información requerida para el conocimiento de la contraparte. Sin embargo, esta parte es crucial que se analice con sumo detenimiento, pues la Superintendencia de Sociedades no establece lo que debe contener el formato, sino que, por el contrario, dice que se debe realizar acorde con la realidad de la empresa obligada, es decir, ajustándose a las propias características del sector económico en que se desempeñe y la forma en que realice su actividad económica.

Es claro entonces que el tema de cómo crear los Formatos del SAGRILAFT es totalmente discrecional, que se circunscribe a la apreciación de los miembros de la empresa y en especial de aquel o aquellos que ostenten la calidad de Oficial de Cumplimiento (principal y suplente).

Sea cual sea la interpretación que se haga de este punto, y si bien no es de carácter obligatorio la implementación del formato de conocimiento, cualquier empresa que quiera lograr dar cumplimiento a lo establecido en materia SAGRILAFT y protegerse de verse involucrada en cualquier riesgo asociado al LA/FT/FPADM, deberá, por lo menos, contar con cuatro formatos diferentes, los cuales son:

- Formato Conocimiento SAGRILAFT Empleados.
- Formato Conocimiento SAGRILAFT Proveedores.
- Formato Conocimiento SAGRILAFT Clientes.
- Formato Conocimiento SAGRILAFT PEPs.

Se requiere de al menos esos cuatro distintos formatos, pues la información que se necesita de cada contraparte varía de acuerdo con la calidad que ostente; claro está sin contar que, en el caso de clientes y proveedores, se pueden tener personas naturales, así como jurídicas, por lo que, si se desea ser sumamente preciso, se requeriría de la implementación de aún más formatos de conocimiento.

La labor de creación del formato puede resultar relativamente sencilla, en el sentido de consagrar allí la información verdaderamente requerida para el conocimiento de la contraparte, lo complejo es lograr adecuar el formato a la realidad del negocio en sí. Se debe tener en cuenta que, con base en información de INFOLAFT, uno de los medios noticiosos más importantes en asuntos relativos al *compliance*⁶, “alrededor de 8.000 empresas se encuentran obligadas a implementar un SAGRILAFT en Colombia” (Infolaft, 2023). Esta cifra es vital revisarla con gran detenimiento, pues allí se encuentran empresas de varias categorías (pequeñas, grandes y medianas), con negocios sumamente diversos, cuya operación puede ponerlas frente a contrapartes con una estructura de negocio muy informal, como es el caso de las tiendas de barrio.

Por lo tanto, se puede tratar de una empresa sumamente cuidadosa y que propenda por el cumplimiento de la Ley, y que con base en ello, haya formulado un formato de conocimiento sumamente estudiado de cara a las características de cada vertiente de negocio, pero ello no asegura el éxito de la gestión; no depende al 100% de cómo se haya elaborado el formato ni de la información que se requiera, pues al encontrarnos en un país donde la regla general es la informalidad, las contrapartes no siempre cuentan con la información solicitada, o en caso de contar con ella, son supremamente temerosos a entregarla.

La dificultad no radica solo de cara a los terceros, sino de los propios empleados de la empresa, en especial de aquellos que hacen parte de las áreas comerciales, toda vez que es claro que en Colombia no existe una cultura al cabal cumplimiento de la norma y mucho menos al respeto por las leyes, existiendo la creencia popular de que cualquier tipo de información o formulario que se firme, lo hará ser acreedor a ser controlado y requerido por entidades como la DIAN, Industria y Comercio, Secretarías de Hacienda, entre otras; y es precisamente esto lo que genera un gran temor en las áreas comerciales de las empresas obligadas, y es que por pedir que se firmara un

⁶ Cumplimiento normativo.

formulario adicional y anexar más documentos, se perdieran ventas y rechazaran seguir adquiriendo sus productos y/o servicios, para irse con los de la competencia en el sector.

Generalmente, la experiencia nos ha demostrado que la preocupación por parte de las áreas comerciales no es en lo absoluto por el cumplimiento o incumplimiento de la normatividad, o las sanciones o no a las que podría llegar a proferirse en contra de la empresa, su única preocupación radica en perder las comisiones por exigir información que el cliente no desee entregar, optando por otra empresa del sector que sea menos rigurosa en el cumplimiento. Con base en ello, se menosprecia por ellos la figura del Oficial de Cumplimiento, pues su importancia en la Compañía pasa a un segundo plano, toda vez que el principal interés de las empresas colombianas que se encuentran en el sector real, no es ser un modelo en el cumplimiento de la normatividad, sino, por el contrario, generar la mayor utilidad posible y seguir ocupando gran parte del sector en que se encuentre.

En razón de lo anterior, los formatos de conocimiento terminan reduciéndose a su máxima expresión, que, para el caso de los clientes sería conocer los beneficiarios finales, miembros de junta directiva (si aplica), representantes legales, actividad económica y origen de fondos. Aun así, la reticencia en entregar esa mínima información es la regla general sin importar el tipo de contraparte, pues en variadas ocasiones, empresas grandes y debidamente constituidas se niegan, por ejemplo, a entregar información respecto de quiénes son sus beneficiarios finales.

Lo anterior, ha generado que muchos de los obligados eleven sus consultas ante la Superintendencia de Sociedades, preguntando: “a la hora de identificar los beneficiarios finales de empresas nacionales y extranjeras se suele recibir la negativa de este requerimiento, ¿cuál sería el deber proceder para el cumplimiento del SAGRILAF?” (Superintendencia de Sociedades, 2021).

Con fundamento en dicha consulta, la Superintendencia, por medio del Oficio 220-090832 del 7 julio de 2021, se pronuncia al respecto e informa que:

Este tema también ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Oficina por lo cual se dará respuesta a este punto transcribiendo lo pertinente de su Oficio 220-238982 del 16 de diciembre de 2020:

“(…) 12. En el evento de que una contraparte se rehúse a brindar la información sobre sus Beneficiarios Finales, Reales y/o Controlantes, argumentando que el derecho de reserva de

los libros del comerciante que regula a las S.A.S. y a las S.A., tiene jerarquía superior a la Circular, ¿qué medios puede y debe utilizar la empresa obligada para tener constancia de que realizaron la debida diligencia en el cumplimiento de la norma, es decir, que hicieron los esfuerzos necesarios para obtener la información sin que haya sido posible su obtención?

Ahora, frente al argumento de la contraparte de negar la información sobre la composición accionaria de su capital social amparándose en la reserva legal, se reitera que dicho sustento debe resultar de recibo por parte de la empresa, lo cual no le exonera de agotar el resto de métodos establecidos en sus propio Sistema para acercarse, lo mejor posible, al conocimiento de quién resulta ser el beneficiario final, real o controlante de su contraparte y documentar todos los procedimientos. (...)”.

Así las cosas, para esta Oficina resulta claro que en ocasiones, en la búsqueda de la información que le permita a una compañía adelantar la debida diligencia en el conocimiento de sus potenciales clientes, específicamente, del beneficiario final de las operaciones comerciales que se pretenden adelantar, se presenten escollos, tales como la reserva legal planteada, que puede o no, ser aducida por las contrapartes y, de serlo, constituye un impedimento para el conocimiento del beneficiario real.

No obstante, debe dejarse evidencia del máximo esfuerzo efectuado por los sujetos involucrados en el agotamiento del procedimiento contemplado en el propio SAGRILAF para este efecto, dando por entendido que el aludido sistema debe contemplar mecanismos eficaces, pertinentes, eficientes y suficientes para el logro de este cometido. (...) (Superintendencia de Sociedades, 2021, pp. 05-08).

Tal y como se puede apreciar, se pretende la búsqueda de un conocimiento que goza el carácter de reserva legal, por lo que, la gran mayoría de las veces, si se trata de empresas temerosas y reservadas en el conocimiento respecto de quiénes son los beneficiarios finales, ello es, la o las personas naturales que finalmente controlan o poseen la sociedad, se trata de una labor infructuosa, por medio de la cual, el espíritu del SAGRILAF queda en una simple gestión adecuada,

propendiendo por que la información sea brindada pero sin tener ningún fundamento legal y/o normativo para lograr dicho cometido.

No obstante lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, mediante el concepto 220-101154 del 17 de mayo de 2023, responde a una pregunta similar que se le hace respecto del conocimiento de los beneficiarios finales de las contrapartes, dando, esta vez, una respuesta totalmente opuesta a la mencionada y citada en párrafos anteriores. En esta ocasión, la Entidad, se apoya en la recientemente expedida Ley 2195 de 2022, “por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones” (Congreso de la República de Colombia, Ley 2195 de 2022), y es que en el párrafo cuarto (4) del artículo 12 de la mencionada ley, se tiene que:

Para efectos de cumplir con lo dispuesto en el presente Artículo, las personas naturales, personas jurídicas, estructuras sin personería jurídica o similares tendrán la obligación de suministrar la información que le sea requerida por parte del obligado a cumplir con el presente Artículo (Superintendencia de Sociedades, 2023, p. 05).

Es decir, ahora, la Superintendencia de Sociedades, fundamentando su respuesta en esta normatividad, de reciente aplicación, establece que se debe revelar la información que sea solicitada por parte de aquellos obligados a tener un sistema SAGRILAF, respuesta que, tal y como se establece va en contravía de conceptos anteriores y de la misma normatividad colombiana.

Lo anterior se explica analizando el artículo 61 del Código de Comercio colombiano, cuyo tenor literal es el siguiente:

ARTÍCULO 61. <EXCEPCIONES AL DERECHO DE RESERVA>. Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente.

Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a

quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas (Decreto 410, 1971, Art 61).

Aparentemente existe un conflicto normativo entre las citadas normas, no obstante, en el mismo concepto 220- 101154 del 17 de mayo de 2023, la Superintendencia de Sociedades, establece que no se trata de un conflicto normativo, ni de una derogación o modificación a lo establecido con anterioridad en el Código de Comercio, sino que se trata de dos normas que coexisten y que versan sobre dos asuntos diferentes. De tal forma que, para la Entidad, aquellos que celebren negocios con empresas obligadas a implementar el SAGRILAF, se encuentran obligadas a informar quiénes son sus beneficiarios finales, al igual que la estructura de titularidad, con la finalidad de prever y controlar cualquier riesgo relacionado con el LA/FT/FPADM.

Si bien con lo esgrimido hasta el momento se puede dilucidar la dificultad que existe para los sujetos obligados de dar un cabal cumplimiento a lo establecido en materia SAGRILAF, solo se ha mencionado unas cuantas dificultades puntuales, pues existen otros muchos interrogantes de cara a los formatos de conocimiento.

A título de ejemplo se traen dos grandes interrogantes que persisten en la actualidad y sobre los cuales no se cuenta con plena certeza de cómo se debe actuar:

- ¿Qué pasa si en el formato de conocimiento las personas naturales que pertenecen a la estructura de control de la persona jurídica informan que son PEPs⁷, pero al arrojar su nombre y número de identificación en base de datos, listas restrictivas y vinculantes, no ostentan dicha calidad?
- ¿Puedo consultar aquellas personas naturales sobre las cuales se tiene conocimiento que pertenecen a la estructura de control de una persona jurídica por los documentos adjuntos que se entregan para ser vinculados a la compañía como proveedores o clientes, pero que no han sido reportadas en el formato de conocimiento diseñado por la empresa?, ¿consultarlos significa una violación a la autorización del tratamiento de datos que realizan

⁷ Persona Expuesta Políticamente.

en el formato y a la autorización de consulta en bases de datos respecto de aquellos que no se identifican en el formato de conocimiento?

Como estos dos interrogantes anteriores existen múltiples cuestionamientos al respecto, la gestión que se debe realizar no es absolutamente clara y la implementación del sistema es totalmente amplia y ambigua, tratando de que la implementación del sistema sea lo más ceñido a la poca normatividad que existe al respecto y con el constante temor de estar violando alguna norma que no haya sido previamente identificada por los sujetos obligados.

Lo cierto es que, se puede pensar, que las empresas obligadas actúan con gran temor ante una posible sanción por parte de la Superintendencia de Sociedades, la cual puede ir hasta los 200 SMLMV⁸, pero el factor económico no es la única preocupación, sino que, aunque parezca a simple vista poco relevante, es el factor reputacional, pues existe el temor de ser percibidas en el mercado como empresas que no cumplen con la normatividad en lavado de activos y que son débiles en controles administrativos.

A la fecha no existen muchas empresas sancionadas o a las cuales se le hayan abierto investigaciones por no cumplir lo relativo al SAGRILAF, sin embargo, existen dos que se encuentran en procesos de investigación por no cumplir con su deber de realizar el Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS), y es que este deber tampoco es muy claro, teniendo, únicamente, por parte de la Superintendencia de Sociedades, una breve descripción al respecto sobre lo que es un ROS y cuáles son sus características, sin siquiera establecer una breve descripción de lo que se debe reportar y lo que no.

Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS)

En relación a los ROS, se cuenta con un breve y resumido apartado en el capítulo décimo de la Circular Básica Jurídica de lo que es un ROS, ante quién se debe realizar el reporte y por qué medio, y unas características bastante generales, las cuales, por la forma en que han sido redactadas,

⁸ El numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995 señala que la Superintendencia de Sociedades está facultada para imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta por doscientos (200) SMLMV, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

permiten inferir que se pretende dar tranquilidad a la empresa y a quien funja como reportante (Oficial de Cumplimiento) ante la UIAF.

Se tiene entonces que los Reportes de Operaciones Sospechosas se deben realizar por medio del SIREL⁹, que es una aplicación web diseñada por la UIAF como canal por medio del cual sujetos obligados realizan sus reportes para el conocimiento de esta Entidad. De igual forma, se establece que el ROS no es una denuncia penal, por lo que, al momento de realizar el reporte, no se debe tener certeza de que efectivamente la operación sospechosa se traduce o no en un delito, ni se debe identificar el tipo delictivo en que presuntamente se podría enmarcar, pues de tener plena certeza de que la actividad es ilícita, lo que corresponde es realizar una denuncia ante la Fiscalía.

Se trata entonces de reportar operaciones que se salen de la normalidad de la actividad que ejecuta la contraparte y que no han sido razonablemente justificadas por la misma.

Estos ROS son reservados, ninguna persona diferente al Oficial de Cumplimiento, en principio, debe tener conocimiento del contenido de los mismos, ni la misma contraparte que ha incurrido en dicha operación sospechosa puede saber que se ha de realizar un reporte por su actuar ante la UIAF. No obstante, el carácter de reservado es de cara al reporte, pero no es claro si en la misma empresa reportante pueden tener conocimiento algunos cargos relevantes o no con la finalidad de tomar las medidas pertinentes.

Por ahora se tiene entonces la obligación de realizar estos reportes cuando se tenga conocimiento de operaciones que se salen de la normalidad y que no han sido justificadas, con la finalidad de que las autoridades competentes tengan conocimiento de estos hechos. Lo anterior se traduce en que la UIAF y las demás entidades relevantes en estos asuntos, por medio de los sujetos obligados, adquieren información a la cual se les podría llegar a dificultar acceder por la complejidad de los negocios y la realidad colombiana, fungiendo entonces las empresas privadas del sector real colombiano como extensiones de la autoridad.

Por medio de estos, se protege a las empresas privadas del sector real colombiano de verse inmersas en actividades o riesgos asociados al LA/FT/FPADM; se aporta información relevante al sistema Antilavado; y se abre la posibilidad de que las entidades que tienen conocimiento de esta información inicien procesos de investigación que pueden llegar a iniciar investigaciones penales o administrativas, conducir a capturas, combatir el delito, y posibles condenas en contra de quienes

⁹ Sistema de Reporte en Línea.

se comprueben han lavado activos, financiado el terrorismo o han tenido participación en la proliferación de armas de destrucción masiva.

En concordancia con lo anterior, para que los reportes tengan el efecto deseado y ayuden a combatir las consecuencias indeseadas de que la economía financie o sea utilizada para actividades ilícitas, quien reporta tiene una gran responsabilidad, y es que debe realizar reportes cuando tenga conocimiento de actividades fuera de lo normal, so pena de incurrir en el delito de omisión de denuncia, tipificado en el Código Penal colombiano, pues tal y como se estableció con anterioridad, el Oficial de Cumplimiento tiene responsabilidad penal.

Ahora bien, establecida la importancia de los ROS y la razón de ser de los mismos, para que sean efectivos y sirvan a las autoridades, estos reportes deben identificar quién hace qué; la posible razón de la operación (sobre la cual no se debe tener certeza); el lugar donde se realiza; y la forma en que se está haciendo. Sin embargo, contar con esa información no es sencillo, toda vez que a lo sumo se cuenta con la identificación de la contraparte, sus estados financieros, actividad económica principal y algunas recomendaciones comerciales que permiten identificar vínculos en el sector en que se desempeñan, entre otras.

La información, en la gran mayoría de ocasiones, no permite identificar si algo está por fuera o no de la normalidad de los negocios, los formatos de conocimiento no siempre son diligenciados con información veraz y fidedigna, al igual que los estados financieros pueden ser modificados para su beneficio por parte de quien los comparte; por lo que saber si una operación es anormal o no, es sumamente complejo, y en gran parte puede ser ello el temor que existe al momento de tomar la decisión de reportar o no reportar.

En conclusión, el enfoque del reporte es frente a actividades sospechosas, pero en la realidad, lo que termina sucediendo es uno de los siguientes dos escenarios:

- Se reportan señales de alerta y no operaciones sospechosas.
- No se reporta y se termina realizando un AROS (Ausencia de Reporte de Operaciones Sospechosas).

Si se llegase a presentar el primero de los escenarios, lo que sucede es que las cerca de ocho mil (8.000) empresas obligadas llenan a la UIAF de meras alertas que no se concretan en conductas, como por ejemplo, informar de contrapartes que se niegan a entregar información, lo que

claramente consiste en una señal de alerta, pero para ser un reporte eficiente, no basta con meras señales de alerta como reticencia a la entrega de información u ostentar la categoría de Persona Expuesta Públicamente (PEP) y negarse a diligenciar el formato de conocimiento de debida diligencia intensificada para quienes ostenten dicha calidad.

Este es el escenario que termina sucediendo, los Oficiales de Cumplimiento, temerosos de incurrir en un posible delito como es la omisión, envían muchísimos reportes a la UIAF por contrapartes reticentes a entregar información, perdiendo de norte la finalidad con la que los mismos han sido diseñados.

Bajo este mismo escenario lo que puede terminar sucediendo es que se realicen múltiples ROS por los hallazgos obtenidos en la consulta de las contrapartes en listas restrictivas y vinculantes, lo que para la misma autoridad no es en lo absoluto algo novedoso, pues tienen pleno conocimiento de quiénes están reportados en listas y demás. Lo que se requiere, en caso de que salga alguna contraparte en listas restrictivas, es indagar en los motivos de la misma, analizando si la conducta por la cual se encuentra allí reportado se puede o no materializar en un riesgo asociado a LA/FT/FPADM.

Es entonces claro, que se necesita más que una mera señal de alerta para realizar el reporte, se necesita una conducta que por lo menos permita inferir que quien actúa se encuentre realizando actividades en detrimento de la economía colombiana y la seguridad nacional.

Ahora bien, el segundo escenario es el opuesto, según el cual el Oficial de Cumplimiento, en un periodo superior a los tres (3) meses, no haya realizado ningún Reporte de Operaciones Sospechosas, debiendo, entonces, realizar un AROS (Ausencia de Reporte de Operaciones Sospechosas). Con esto se pierde de igual forma la razón de ser de los reportes, pues muestra poca gestión por parte del Oficial o del área de cumplimiento de la empresa en caso de haberla.

Bajo este segundo escenario puede llegar a suceder que múltiples empresas obligadas, reporten a una misma contraparte y una sola empresa no lo haya realizado, por lo que el estudio por parte de la UIAF radique en aquel que no reportó, pudiendo, tal y como el escenario planteado en párrafos antecedentes, iniciar una investigación por no reportar.

El panorama resulta totalmente incierto, pues tomando la decisión que fuere el riesgo es latente, no habiendo certeza de qué se debe y qué no se debe reportar y esperando en ascuas a que la Superintendencia de Sociedades emita un nuevo concepto sobre el particular cambiando

drásticamente su apreciación sobre el SAGRILAF y, por lo tanto, el Oficial de Cumplimiento quedaría con la necesidad de replantear el sistema al interior de la empresa.

Herramientas Tecnológicas

Tal y como lo establece la misma Circular en su capítulo décimo:

La Empresa Obligada deberá establecer herramientas y aplicativos, preferiblemente tecnológicos, que permitan identificar Operaciones Inusuales y Operaciones Sospechosas. Mediante la consolidación de información, estas plataformas tecnológicas deben generar indicadores y alertas a partir de los cuales se pueda inferir o advertir la existencia de situaciones que no se ajusten a las pautas de normalidad establecidas por la Empresa Obligadas para un sector, una industria o una clase de Contraparte (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 24).

Hay gran cantidad de aplicativos que permiten conocer las contrapartes, y todo aquel que se decida investigar que haya sido reportado en el formato de conocimiento. Debiendo para ello, únicamente, contar con la razón social o nombre, dependiendo si es persona jurídica o natural, y su tipo y número de identificación.

Por medio de estas plataformas, lo único que se logra saber es si alguien se encuentra reportado en alguna lista restrictiva, si tiene algún proceso en su contra, si ha sido condenada por haber incurrido en alguna actividad contraria a la normatividad y si ostenta o no la calidad de Persona Expuesta Políticamente (PEP). Por medio de estas plataformas no se logra tampoco el fin previsto que es el de identificar alguna operación sospechosa por fuera de la normalidad del negocio, para ello se requiere es conocer con sumo detalle la forma en que opera la contraparte y en que obtiene el origen de sus recursos.

Por lo tanto, con las plataformas existentes a la fecha, solo se generan señales de alerta y un mayor conocimiento de los clientes, proveedores y empleados, pero no se logra mucho más. Claro está que, la empresa que tenga ese conocimiento, en razón de las buenas prácticas empresariales podría tomar la decisión de no establecer vínculo alguno, dependiendo del hallazgo obtenido, con quien salga reportado en alguna de esas listas, siempre y cuando se trate de hallazgos

que tengan relación alguna con el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y/o el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva.

Claro que eso depende de las políticas de la empresa obligada a la implementar un SAGRILAF y de qué tan dispuestos estén a sacrificar sus utilidades o relaciones comerciales por el cumplimiento de la normatividad, por lo que nuevamente estamos subsumidos en el ámbito de la auto gestión por parte de las empresas.

Roles y Responsabilidades

La implementación del Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, no es una responsabilidad que recaiga de manera única y exclusiva en cabeza de quien funja como Oficial de Cumplimiento.

Si bien el Oficial de Cumplimiento es quien debe participar activamente en el conocimiento de las contrapartes, en el diseño e implementación de los formatos de conocimiento y verificar y monitorear el funcionamiento del sistema, son muchos más miembros de las empresas los que deben participar para el correcto funcionamiento del sistema, en aras de lograr la prevención y control deseado.

Entre los sujetos que deben participar activamente, establecidos en el mismo capítulo décimo de la Circular Básica Jurídica, se encuentran (Superintendencia de Sociedades, 2020):

- Junta Directiva o máximo órgano social.
- Representante Legal.
- Órganos y funciones de control adicionales.
- Revisoría fiscal.
- Auditoría interna – Control Interno.

Cada uno de ellos con funciones claramente establecidas tendientes al fortalecimiento del sistema. La intención en este escrito no es definir los roles y explicar las funciones que cada uno de ellos debe desempeñar, pues ya se encuentran las mismas claramente establecidas en la Circular

Básica Jurídica. La intención de este apartado es identificar si se requieren más roles involucrados en el sistema o si se debe modificar alguna de las funciones de los ya establecidos.

De manera imperante se debe mencionar, que el común denominador de una empresa privada del sector real en Colombia, de cara a los vínculos que se puedan establecer con las contrapartes, se tienen definidas áreas o procesos encargados del manejo de cada uno de ellos; de tal forma que, para los empleados se tiene que quien se encarga de su vinculación es el área de gestión del talento humano (o como se le denomine dependiendo de la organización en que se encuentre); de cara a la vinculación de clientes se tiene un área de crédito y cobranza o cartera, que es la encargada de estudiarlos y analizar la viabilidad o no de su vinculación; finalmente, de cara a los proveedores o contratistas, se tiene un área que es la de compras nacionales e internacionales, encargada de la negociación y del conocimiento con la contraparte.

De conformidad con lo anterior, se tienen tres áreas o procesos transversales a cada organización o empresa que se encargan de manejar de manera directa cada una de las mencionadas contrapartes, siendo ellos quienes tienen conocimiento total de cómo es el funcionamiento de las contrapartes, su actividad económica, el origen de sus recursos y, en caso de aplicar, su situación financiera.

En tal sentido, lo ideal es que estas tres áreas se encuentren sumamente involucradas en el manejo de las políticas SAGRILAF, tanto como el propio Oficial de Cumplimiento, en el sentido de que éste último llega a obtener información por medio de documentos y consulta en listas vinculantes y restrictivas, representando esto un conocimiento estático de un instante del tiempo, a sabiendas de que las demás empresas y contrapartes son totalmente dinámicas y su situación puede variar en cuestión de segundos. Por otro lado, y de manera contraria, las tres áreas en mención tienen la posibilidad de conocer de manera dinámica el estado de sus contrapartes, no solo al momento de vincularlas a la Compañía, sino durante todo el tiempo en que se tengan relaciones comerciales con las mismas, teniendo la posibilidad de conocer sus demás relaciones comerciales, sus representantes, el *Core* del negocio¹⁰, entre muchas otras.

De conformidad con lo anterior, es claro que el manejo práctico de la implementación del sistema, si bien tiene un responsable directo, debe ser transversal a la empresa obligada, en especial a las áreas mencionadas que tienen mayor conocimiento.

¹⁰ Éste hace referencia a la razón de ser de la empresa, su negocio principal y la competencia distintiva.

En igual sentido, la Circular Básica Jurídica, a manera enunciativa, establece una serie de señales de alerta, que no son otra cosa que, hechos, situaciones, e información a partir de la cual se puede inferir la posible existencia de una actuación que se escapa de lo normal, existiendo relaciones con algún riesgo asociado al LA/FT/FPADM. Estas señales de alerta que allí se establecen son respecto de tres grupos principales (Superintendencia de Sociedades, 2020):

- Respecto de operaciones o actividades con contrapartes: en esta se relaciona, por ejemplo, la no identificación plena de las contrapartes, y los hallazgos que se puedan encontrar en listas restrictivas.
- Respecto de operaciones, negocios o contratos: se relacionan señales como el alto volumen de efectivo, donaciones sin beneficiario final aparente y operaciones con productos de venta restringida (a modo de ejemplo).
- Respecto de operaciones con efectivo: estas señales de alerta están encaminadas a identificar de dónde proviene el dinero y si ha sido o no justificado razonablemente el hecho.

Si bien son señales que brinda la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo ya establecido por el GAFI, en la misma circular se establecen las mismas “sin perjuicio del desarrollo de sus propias alertas” (Superintendencia de Sociedades, 2020). Lo que quiere decir que las que se encuentran allí establecidas son meramente enunciativas y no taxativas, debiendo, por parte de la empresa privada del sector real obligada, realizar una ardua tarea identificando sus propias señales de alerta de conformidad con el mercado en que se encuentren.

Esta tarea debe ser en conjunto con todas las áreas que tengan que ver con relaciones frente a terceros, siendo una labor que implica el pleno conocimiento de lo que se considera normal o no en el sector comercial en que se opere, no siendo posible, por parte del Oficial de Cumplimiento, por sí solo, identificar estas señales, debiendo contar con la participación de las demás áreas en la aplicación de las actividades de SAGRILAFI.

Acá se hace imperativo mencionar que, si se trabajase de manera vehemente en la lucha contra el Lavado de Activos, la Financiación del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, teniendo una cultura de cumplimiento a la normatividad y respeto por las leyes, estaríamos ante un escenario utópico. No obstante, la realidad es,

lastimosamente, la contraria, pues no se puede pretender la consecución de tal fin dejando en manos de áreas comerciales dichos logros. Tal y como se mencionó con anterioridad, los comerciales de las empresas se ciñen a su labor de lograr la mayor cantidad de ventas, por lo que cualquier nuevo mecanismo administrativo que entre a hacer parte de su gestión, lo verán como un contratiempo para su cliente, y por ende algo que va en contra de sus comisiones por el cumplimiento de objetivos.

De tal forma que, por un área la labor ya tiene un sesgo negativo y ven la implementación del SAGRILAFIT como una barrera a la consecución de una remuneración mayor a la básica que tienen establecida. Igualmente, si se tiene la perspectiva por parte de la asamblea de accionistas y los beneficiarios finales de la empresa, se debe tener en cuenta que todo aquel que tenga una empresa y se haya decidido establecer en este mundo, su interés es lograr la mayor cantidad de utilidad posible, por lo que abstenerse de una venta por riesgosa que sea, no es una decisión que se pueda llegar a tomar con objetividad y más, partiendo del hecho de que las sanciones que puede acarrear el no cumplimiento de lo establecido por la Superintendencia de Sociedades por medio de la Circular Básica Jurídica, no son en lo absoluto cuantiosas, en el sentido de que la sanción puede llegar a ser de hasta 200 SMLMV¹¹, lo que, dependiendo del mercado en que se opere, puede ser un riesgo que sea plausible de tomar de conformidad con las ganancias que se obtengan del negocio per se.

La labor por parte del Oficial de Cumplimiento, de cara a los clientes, se ve reducida a su conocimiento con lo que le haya sido entregado y diligenciado en el formato elaborado por la empresa obligada y demás documentos anexos, sin tener la posibilidad de indagar mucho más en el conocimiento de los mismos.

El Oficial de Cumplimiento, tiene entonces una gran responsabilidad a su cargo, pues en caso de que se materialice un riesgo asociado a LA/FT/FPADM es en quien recae la responsabilidad, pudiendo, inclusive, responder penalmente por su inobservancia en los hechos que permitieron la materialización de los sucesos.

Debida Diligencia

¹¹ Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

Ahora bien, a lo largo de este trabajo, se ha expresado la idea de la “debida diligencia”, sin haber ahondado en ella a profundidad ni haciendo mención específica. Lo primero que se debe señalar, es que la debida diligencia, no es más que el proceso adoptado por la empresa obligada para conocer, con un mayor grado de certeza del habitual, a la contraparte con la cual se pretende establecer algún tipo de relación contractual.

Para llevar a cabo este proceso, es que el Oficial de Cumplimiento, como conducto de la empresa obligada, implementa los formatos de conocimiento de contrapartes, velando, valga la redundancia, por el conocimiento de los mismos. Este paso es el más “sencillo” de los que se deben realizar, en el sentido de que al momento de vincular a la contraparte se solicita el diligenciamiento de la información contenida en el formato de conocimiento y que se anexen demás documentos, tales como el certificado de existencia y representación legal, el RUT, estados financieros, entre otros.

Esto es algo que se ha ido ahondando a lo largo del presente escrito, no obstante, no se ha establecido la obligación contemplada en la circular básica jurídica de:

El monitoreo y actualización del proceso de Debida Diligencia deberá hacerse con la periodicidad y regularidad establecidas por la Empresa Obligada, mínimo una vez cada dos (2) años o cada vez que aparezca necesario conforme a los cambios de las condiciones jurídicas y reputacionales de la Contraparte, y no sólo en el momento de su vinculación (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 20).

Por lo que no es un proceso que se realice una única vez, sino que se debe realizar actualización al menos cada dos años; sin contar que, a lo largo del devenir de la relación contractual, se debe realizar un monitoreo constante, identificando anormalidades en su actuar, tales como actuaciones que se salgan del marco normal del negocio pretendido.

La circular no es clara en establecer si se puede o no iniciar relación contractual con la contraparte en caso de no haber sido satisfactorio el proceso de debida diligencia con anterioridad a la vinculación, pues de manera inexacta y poco esclarecedora establece que:

Las Empresas Obligadas previo al inicio de la relación contractual o legal, deberán haber cumplido con los procedimientos de Debida Diligencia que forman parte del SAGRILAF, T,

adjuntando para tal efecto los soportes exigidos o requeridos. De igual manera, la vinculación de la Contraparte debe haber sido aprobada por el funcionario o persona encargada, de acuerdo con la Política LA/FT/FPADM de la Empresa Obligada. Si la Empresa Obligada no puede llevar a cabo la Debida Diligencia satisfactoriamente, deberá evaluar la pertinencia de iniciar o terminar la relación legal o contractual, así como también la procedencia de reportar la operación como sospechosa.

Excepcionalmente, las Empresas Obligadas pueden completar la verificación después de establecida la relación comercial, si así ha sido establecido en la Política LA/FT/FPADM, siempre y cuando esto ocurra lo antes y razonablemente posible. La Política LA/FT/FPADM debe señalar específicamente los eventos en los que procede, que deben obedecer a aquellos esenciales para no interrumpir la conducción normal de la operación. En todo caso, los Riesgos LA/FT/FPADM deben estar efectivamente bajo control y deben existir procedimientos documentados sobre el manejo del riesgo que establezca las condiciones bajo las cuales la Contraparte puede utilizar la relación antes de la verificación. Si no puede llevar a cabo la Debida Diligencia satisfactoriamente una vez establecida la relación comercial, la Empresa Obligada deberá evaluar de acuerdo con su Política LA/FT si debe continuar con la relación contractual y si es procedente hacer un ROS en relación con la Contraparte (Superintendencia de Sociedades, 2020l, p. 21).

Es una situación que es bastante ambigua en su interpretación, toda vez que en primer lugar establece que previo al inicio de la relación contractual se debió haber cumplido el proceso de debida diligencia, para luego establecer que, si no se pudo llevar a cabo el mismo, se debe evaluar la pertinencia de iniciar o terminar la relación comercial o legal pretendida. Posteriormente, vuelve y se establece la posibilidad de iniciar con la relación, aunque no se haya llevado a cabo el proceso de debida diligencia, debiendo, para ello, especificar, en la política LA/FT/FPADM de la empresa obligada, los eventos en los que se puede proceder de tal forma. Finalmente, y de manera contradictoria se establece que, si ya se ha iniciado la relación y no se ha logrado llevar a cabo el proceso de debida diligencia, se debe evaluar si se continua con la relación o si se debe realizar un ROS.

Tal y como se puede apreciar, en tan solo dos párrafos de lo establecido por la Superintendencia de Sociedades en el capítulo décimo de la Circular Básica Jurídica, hay un grado de inexactitud tal, que el criterio de la empresa, en especial del Oficial de Cumplimiento, y de quienes se hayan visto involucrados en la elaboración de las políticas LA/FT/FPADM, es el que prima en materia de cómo se debe actuar ante ciertas eventualidades.

Lo que conlleva a imaginarse la siguiente situación: ¿cómo se articula esto con los procesos que se han adelantado en contra de ciertas empresas obligadas por no realizar Reportes de Operaciones Sospechosas? ¿cómo se puede entonces sancionar a una empresa obligada a no reportar, aun cuando en la misma circular se establece la posibilidad de identificar eventos en los que se puede llevar a cabo relaciones con contrapartes sin haber llevado a cabo el proceso de debida diligencia? ¿cuál es el criterio para decir que una empresa obligada incumple con su deber de realizar Reportes si tal y como se puede evidenciar en los fragmentos traídos a colación, aun cuando se haya vinculado sin llevar a cabo la debida diligencia, es a criterio de la empresa obligada la elaboración o no de un ROS, toda vez que se establece que se debe evaluar si es o no procedente realizar el mismo?

Son preguntas que a la fecha no tienen respuesta, y es que, si bien el sistema es bastante novedoso y lleva poco tiempo de ser implementado, este tipo de incertidumbre genera dos tipos de efectos, siendo el primero de ellos que, alguna empresa, de manera laxa y dando un cumplimiento somero a la normatividad, establezca un sin número de eventualidades en que se puede vincular sin haber llevado a cabo el proceso de debida diligencia y sin dar lugar a reporte alguno. De igual forma, el segundo efecto, es que se ve desdibujado el espíritu de la norma, en el sentido de que las empresas dejan de fungir como “los ojos” de la autoridad en aquellos sitios en que no puede llegar la misma.

Debida Diligencia Intensificada

Ahora bien, habiendo identificado en lo que consiste la debida diligencia, los formatos de conocimiento, las herramientas tecnológicas, los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) y los roles y responsabilidades, se debe dar una breve explicación de lo que es la Debida Diligencia Intensificada.

La Debida Diligencia Intensificada, es simplemente un paso más, un conocimiento mayor del que se logra por medio de la Debida Diligencia, y que se debe llevar a cabo, en los siguientes escenarios según lo establecido por la Superintendencia de Sociedades en el capítulo décimo de la Circular Básica Jurídica:

Estos procedimientos deben: (A) aplicarse a aquellas Contrapartes que (i) la Empresa Obligada considere que representan un mayor riesgo; (ii) a los PEP; y (iii) a aquellas ubicadas en países no cooperantes y jurisdicciones de alto riesgo; y (B) ser aplicados por todas las Empresas Obligadas que desarrollen actividades con Activos Virtuales, establecidas en los numerales 4.2.6 y 4.2.8, sobre las Contrapartes de estas operaciones, los Activos Virtuales y sus intermediarios (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 22).

Tal y como se puede apreciar, es un procedimiento que se establece para ciertos casos particulares, en los cuales, por características propias de las contrapartes o por la forma en que estas se involucran en el mercado, puede existir una mayor posibilidad de que se materialice un riesgo asociado al LA/FT/FPADM.

En este punto, es vital identificar el concepto de PEP, razón por la cual se trae a colación, en su sentido literal, la definición que emana el legislador en el artículo 2.1.4.2.3. del Decreto 831 del año 2021, según el cual:

ARTICULO 2.1.4.2.3. Personas Expuestas Políticamente. Se considerarán como Personas Expuestas Políticamente (PEP) los servidores públicos de cualquier sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la administración pública nacional y territorial, cuando tengan asignadas o delegadas funciones de: expedición de normas o regulaciones, dirección general, formulación de políticas institucionales y adopción de planes, programas y proyectos, manejo directo de bienes, dineros o valores del Estado, administración de justicia o facultades administrativo sancionatorias, y los particulares que tengan a su cargo la dirección o manejo de recursos en los movimientos o partidos políticos (Presidencia de la República de Colombia, 2021, Decreto 831, Artículo 2.1.4.2.3.).

La forma de identificar quienes ostentan dicha calidad, es por medio de los formatos de conocimiento, en el cual, la contraparte, tiene la posibilidad de indicar si su representante legal, miembro de junta directiva, beneficiarios finales, o ella misma, en caso de ser persona natural, detenta la calidad de Persona Expuesta Políticamente (PEP). No obstante, en caso de no identificarse como tal, al momento de arrojar su nombre e identificación a la herramienta tecnológica utilizada para la consulta de contrapartes en listas restrictivas y vinculantes, sale reportada la persona como tal.

Tal y como lo establece la normatividad, en caso de tratarse de un PEP, se debe realizar una debida diligencia intensificada, razón por la cual se requiere la creación de un formato de conocimiento PEP, en el cual se indaga por su labor, y la forma en que obtiene sus ingresos, pues para las autoridades, se debe tener especial cuidado y atención al momento de establecer relaciones con personas que detenten esta clasificación.

En concordancia con lo hasta ahora esgrimido, una contraparte se puede llegar a identificar como PEP en el formato de conocimiento, pero al momento de realizar su consulta en las bases de datos y demás listas vinculantes y restrictivas, no salir reportada como tal, bien sea porque en verdad no es una Persona Expuesta Políticamente, o porque han pasado más de dos (2) años desde que dejó de ostentar dicha posición.

Con lo anterior, surge el interrogante de qué se debe hacer, si se debe o no realizar una debida diligencia intensificada a una contraparte que se identifica como PEP pero que al momento de arrojar la consulta masiva en la plataforma tecnológica para ello no salga relacionada como tal. Es un interrogante que persiste hasta la fecha en que se redacta el presente escrito, no habiendo un pronunciamiento claro por parte de autoridad competente, llevando a un desgaste total a las personas de la empresa que se encuentran en el área de cumplimiento y que al final dependerá de la interpretación que haga el Oficial de Cumplimiento, de acuerdo con la norma, su manual y los conceptos que pueda tener.

Autorización de consulta en listas vinculantes y restrictivas

Como buena praxis, el común denominador de las empresas obligadas a implementar un SAGRILAFI en su estructura, cuentan con un apartado en el formato de conocimiento que comprende una leyenda con la autorización de tratamiento de datos personales y demás; a título de ejemplo, el fragmento incorporado puede ser tal que así:

“Autorizo expresamente a [NOMBRE DE LA EMPRESA] el tratamiento especial de los datos registrados, con ocasión de las relaciones comerciales establecidas con la Compañía, así como para la prevención de los riesgos asociados al LA/FT/FPADM. Por lo cual, autorizo de manera expresa e irrevocable a [NOMBRE DE LA EMPRESA] para: consultar y reportar en cualquier tiempo en listas restrictivas, en centrales de riesgo financiero o en cualquier central de información de datos relevantes como la UIAF, para conocer y/o reportar mi comportamiento y el de todas las personas reportadas en el presente formulario”.

Por lo tanto, una de las dudas que se tienen es respecto de la posibilidad de consultar o no en listas restrictivas y demás bases de datos a personas, naturales y jurídicas, que no hayan sido reportadas en el formato de conocimiento.

Lo anterior, pues es común por parte de quienes diligencian dichos formatos, dar el carácter de confidencial a ciertos datos que se preguntan, tales como quiénes son los miembros de su junta directiva, accionistas, beneficiarios finales, representantes legales y revisores fiscales.

Lo cierto es que, dependiendo del tipo societario en el que se encuentre constituida la empresa, parte de esa información se puede obtener por medio de los documentos que se adjuntan para la creación como contrapartes; por ejemplo, en el certificado de existencia y representación legal, se puede evidenciar quiénes fungen como representantes legales, por lo que haciendo una simple revisión de dicho documento, se podría extraer esta información y realizar la consulta pertinente, pues en el certificado se encuentran los datos requeridos para tal fin, los cuales son: nombre, tipo y número de identificación.

Lo que no es claro, es si por realizar la labor como es debido, consultando a personas que no se encuentran reportadas en el formato de conocimiento, pero que su información es de fácil acceso por medio de otros mecanismos, se estaría realizando una clara violación a las políticas de tratamiento de datos personales, toda vez que, el artículo 17 de la Ley 1581 del año 2012, en

especial lo contemplado en el literal b, se tiene el deber de “solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular” (Congreso de la República de Colombia, 2012, Ley 1581); de igual forma, en el literal c, se establece el deber de “Informar debidamente al Titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada” (Congreso de la República de Colombia, 2012, Ley 1581).

Por lo tanto, si se articula la normatividad que rige en materia de tratamiento de datos personales, no sería posible sino consultar la información de aquellos que se encuentren contemplados en el formato de conocimiento, so pena de incurrir en una violación tajante de la Ley 1581 de 2012, tomando información que no ha sido autorizada por parte del titular y claro está, sin haber informado la finalidad de la recolección de la misma.

A la fecha no existe pronunciamiento alguno que permita identificar la forma en que se debe actuar en este tipo de situaciones, si se puede o no contar con la información que se relaciona en documentos adjuntos, como una excepción a la Ley 1581 de 2012, o si se debe ceñir la verificación única y exclusivamente de los datos que han sido previa y expresamente autorizados para los fines identificados.

Conclusiones

Tal y como se ha podido dilucidar a lo largo del presente trabajo, se está frente a una normatividad cuyo enfoque es bastante ambicioso, pero no lo suficientemente claro para la consecución de los fines pretendidos.

La razón de ser de su implementación es de los pocos factores que se encuentra claramente dilucidados, pues tal y como se ha expuesto a lo largo del presente escrito, existe bastante normatividad que identifica porqué se debe implementar un sistema como el SAGRILAFI en las empresas privadas del sector real colombiano; por el contrario, se tiene un marco normativo interno que carece de regulaciones, resultando ser sumamente genérico y ambiguo para las empresas que deben implementarlo.

El análisis y evaluación del sistema, se ha realizado desde la perspectiva de las empresas, no desde las perspectivas de aquellas firmas externas o empresas consultoras que cuentan con un ramo dedicado única y exclusivamente a prestar sus servicios a terceros que cuentan con la obligación de implementar un sistema SAGRILAFI, pues es claro que desde la perspectiva de los segundos, el hecho de que exista un marco normativo tan amplio es una ventaja en el sentido de poder interpretar la norma a su favor y cumplir, de manera escueta, con la labor que les ha sido encomendada.

No obstante, se precisa en que el sistema es novedoso, habiendo posibilidad de que, con el paso de los años, se fortalezca la existencia del sistema y la manera en que se debe actuar, robusteciendo el marco normativo genérico que existe y propendiendo porque se desarrolle con mayor claridad para todos aquellos obligados a su implementación.

Tal y como se ha podido establecer a lo largo del presente escrito, son muchos los interrogantes que existen en cuanto a la manera en que se debe actuar en cada empresa privada del sector real colombiano que debe cumplir con lo establecido por la Superintendencia de Sociedades, no habiendo, tal y como se estableció, certeza de qué se debe reportar ante la UIAF y que no; no habiendo certeza en si se puede o no iniciar una relación con alguna contraparte sin haber logrado cumplir de manera exitosa la debida diligencia; no habiendo certeza de si se puede o no consultar aquellas personas naturales o jurídicas que no han sido reportadas en el formato de conocimiento;

no habiendo certeza de qué hacer en caso de reticencia por parte de los que se pretende consultar; entre muchas otras que se han expuesto en el trabajo.

Aunado a lo anterior, desde nuestra perspectiva, es complejo que se pueda lograr los fines pretendidos por la normatividad existente cuando la manera en que opera la economía colombiana no es en lo absoluto formal, pues en el contexto analizado impera la informalidad de los negocios y gran parte de los agentes económicos son personas naturales o establecimientos no constituidos como sociedades que comprendan la magnitud del sistema.

Se ha dejado en manos de las propias empresas una labor que en principio corresponde a las propias entidades de inspección, vigilancia y control, so pena de recibir sanciones por un actuar que no propenda por la seguridad de la sociedad general y del sistema económico. Siendo esta una responsabilidad inmensa cuando no existe absoluta certeza en la forma en que se debe actuar.

En conclusión, desde nuestra perspectiva, que se ha construido con la investigación realizada para elaborar el presente trabajo, y con la experiencia obtenida al haber trabajado en empresas privadas del sector real colombiano que se encuentran obligadas a la implementación del sistema SAGRILAFT, hasta el momento, por la forma en que se ha desarrollado el mismo y la manera en que la Superintendencia de Sociedades ha vigilado su cumplimiento, se podría decir que no es más que un “saludo a la bandera”, que no es más que un mera obligación que no tiene cabida práctica en la realidad colombiana y que se debe reevaluar la forma en que se ha establecido su implementación para lograr, tan siquiera de manera superficial, cumplir con el objetivo de prevenir y controlar la materialización de riesgos asociados al LA/FT/FPADM.

Bibliografía

- Código de Comercio [C. Com]. (1971). (49ª. Ed.). Legis.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (18 de diciembre de 2013). *Política Nacional Antilavado de Activos y contra la Financiación del Terrorismo*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Economicos/3793.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (11 de mayo de 2009). Por la cual se aprueba el memorando de entendimiento entre los Gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el lavado de activos. [Ley 1186 de 2009]. DO: 47.346
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2022). Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. [Ley 2195 de 2022]. DO: 51.921
- Congreso de la República de Colombia. (20 de diciembre de 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. [Ley 222 de 1995]. DO: 42.156
- Congreso de la República de Colombia. (29 de diciembre de 2006). Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. [Ley 1121 de 2006]. DO: 46497
- Congreso de la República de Colombia. (17 de octubre de 2012). Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. [Ley 1581 de 2012]. DO: 48.587
- Grupo de Acción Financiera Internacional [GAFI]. (2012). *Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional*. <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4581-recomendaciones-metodologia-actjul2023/file>
- Infolaft. (2021). Empleo para oficiales de cumplimiento: crecen ofertas. <https://www.infolaft.com/empleo-para-oficiales-de-cumplimiento-crecen-ofertas>

Infolaft. (2023). *SAGRILAFt: ¿qué es y cómo implementarlo?*

<https://www.infolaft.com/sagrilaft-supersociedades-colombia#:~:text=SAGRILAFt%3A%20ámbito%20de%20aplicación&text=Igualmente%2C%20la%20obligación%20aplica%20para,implementar%20un%20SAGRILAFt%20en%20Colombia>

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [MINTIC]. (Noviembre de 2021). *Supervisión basada en riesgos en materia de lavado de activos, financiación del terrorismo y financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva.*

https://www.minjusticia.gov.co/programasco/ODC/Documents/Publicaciones/Criminalidad/Delitos-RelacionadosDrogas/manual_minticV2.pdf

Naciones Unidas [ONU]. (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.*

https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Commentaries-OfficialRecords/1988Convention/1988_COMMENTARY_sp.pdf

Naciones Unidas [ONU]. (2003). *Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.*

https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Presidente de la República de Colombia. (22 de diciembre de 2020). Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades. [Decreto 1736 de 2020].

Presidente de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. [Decreto 1074 de 2015].

Presidente de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Por la cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. [Decreto 1068 de 2015].

Presidente de la República de Colombia. (26 de julio de 2021). Por el cual se modifican y adicionan algunos artículos al Decreto número 1081 de 2015, Único Reglamentario del Sector Presidencia de la República, en lo relacionado con el régimen de las Personas Expuestas Políticamente (PEP). [Decreto 830 de 2021]

Superintendencia de Sociedades. (09 de abril de 2021). Circular Externa 100-000004. Por la cual se modifican los numerales 5.1.2., 5.1.4.3.1., 5.1.4.5., 5.1.4.8., 5.3.2., 7.1. y 7.2. del Anexo 1 de la Circular Externa No. 100-000016 del 24 de diciembre de 2020.

<https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/161157/Circular+100-000004+de+9+de+abril+de+2021.pdf/1c5f8e4e-13bd-a31f-792a-6650ccd0811f?version=1.6&t=1670866584504>

Superintendencia de Sociedades. (12 de julio de 2022). Circular Externa 100-000008. La cual tiene el fin de depurar, compilar, actualizar y simplificar las instrucciones que han sido impartidas por dicha entidad en relación con los temas de derecho societario comprendidos en la circular y atender política de supervisión definida por la Superintendencia de sociedades. <https://www.supersociedades.gov.co/web/nuestra-entidad/circular-basica-juridica-interactiva>

Superintendencia de Sociedades. (24 de septiembre de 2021). Circular Externa 100-000015. Por la cual se actualizan las definiciones de “Beneficiario Final, “PEP”, y “PEP Extranjeras”, se adiciona la definición de “Asociados Cercanos” y se ajusta la referencia a este último, contenidas en el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica.

<https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/161157/Circular+100-000015+de+24+de+septiembre+de+2021.pdf/cc7aa6b0-1373-6c36-e3e7-fecc846b2393?version=1.5&t=1670866159589>

Superintendencia de Sociedades. (24 de diciembre de 2020). Circular Externa 100-000016. Mediante la cual se actualiza la normatividad a las recomendaciones de organismos internacionales, a la política general de supervisión de la Superintendencia de Sociedades y a la coyuntura actual. [file:///Users/alejandrohincapie/Downloads/Circular%20100-000016%20de%2024%20de%20diciembre%20de%202020%20\(1\).pdf](file:///Users/alejandrohincapie/Downloads/Circular%20100-000016%20de%2024%20de%20diciembre%20de%202020%20(1).pdf)

Superintendencia de Sociedades. (7 de julio de 2021). Oficio 220-090832. Mediante el cual elevan algunas inquietudes relacionadas con el deber de debida diligencia intensificada a que alude la Circular Externa No. 100-000004 del 9 de abril de 2021. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiFurjzxdWBAxU6VTABHVEKCNMQFnoECAgQAw&url=https%3A%2F%2Fwww.supersociedades.gov.co%2Fdocuments%2F107391%2F159040%2FOFICIO_220-090832_DE_2021.pdf%2F6793349d-3353-a492-199e-1d36ad6736c4%3Ft%3D1670899136658%26download%3Dtrue%23%3A~%3Atext%3DOFICIO%2520220%2520D090832%2520DEL%25207%2520JULIO%2520DE%2520202

[1%2520ASUNTO%253A%2520SAGRILAF%20Calude%2520la%2520Circular%2520E
xterna%2520No.&usg=AOvVaw1uc3VSDCiggArvXBtj8iw8&opi=89978449](https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO++++220-+101154++++17+DE+MAYO+DE+2023.pdf/0cfb065e-029f-f050-31d7-f2d8ce468292?version=1.0&t=1684421286174)

Superintendencia de Sociedades. (17 de mayo de 2023). Oficio 220-101154. Mediante la cual se precisa lo señalado por esta entidad mediante Oficio 2020-018609.

[https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO++++220-
+101154++++17+DE+MAYO+DE+2023.pdf/0cfb065e-029f-f050-31d7-
f2d8ce468292?version=1.0&t=1684421286174](https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO++++220-+101154++++17+DE+MAYO+DE+2023.pdf/0cfb065e-029f-f050-31d7-f2d8ce468292?version=1.0&t=1684421286174)

Unidad de Información y Análisis Financiero [UIAF]. (2014). *La dimensión económica del lavado activos*.

[https://uiaf.gov.co/sites/default/files/202206/documentos/archivosanexos/La%20dimensio
n%20economica%20del%20LA.pdf](https://uiaf.gov.co/sites/default/files/202206/documentos/archivosanexos/La%20dimensio
n%20economica%20del%20LA.pdf)

UIAF. (2012). *Lo que debe saber sobre el lavado de activos y la financiación del terrorismo*.

[https://isasapaginaswebisa001.blob.core.windows.net/paginawebisawordpress/2021/01/lo-
que-se-debe-saber-sobre-la-prevención-del-lavado-de-activos-yfinanciación-del-
terrorismo.pdf](https://isasapaginaswebisa001.blob.core.windows.net/paginawebisawordpress/2021/01/lo-
que-se-debe-saber-sobre-la-prevención-del-lavado-de-activos-yfinanciación-del-
terrorismo.pdf)